

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学 号: X200108061

UDC _____

学 位 论 文

法治化中的自由与群合

Liberty and Community in Process of Rule of Law

林 树 文

指导教师姓名: 李 琦 教 授

申请学位级别: 硕 士

专 业 名 称: 法 律 硕 士

论文提交时间: 2005 年 3 月

论文答辩日期: 2005 年 月

学位授予单位: 厦 门 大 学

学位授予日期: 2005 年 月

答辩委员会主席_____

评 阅 人_____

2005 年 3 月

厦门大学学位论文原创性声明

兹呈交的学位论文，是本人在导师指导下独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考的其他个人或集体的研究成果，均在文中以明确方式标明。本人依法享有和承担由此论文而产生的权利和责任。

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

哈耶克的秩序观认为，秩序由法律系统和人的行为结构双重构成。受其引导，本文从秩序与价值角度审视“法治乃善法之治”的论断，强调法治与人类基本价值密切相关。由于人在社会秩序中是自我性与成员性的统一体，所以法治化不能不关心自由与群合的问题。

自由侧重于关注个人，群合侧重于关注群体，二者之间表现为互补和竞争的关系。在秩序的价值序列中，自由位阶上升，群合位阶相对下降；反之亦然。自由与群合只有保持一定的均衡度，法治化才能获致其必要的正当性。这是法治化中价值重构的意义所在。

如何进行价值重构，这是法治化关心的重要问题。理论上的争辩表明，解决自由与群合关系不存在绝对的优位原则，因此，本文着眼于法律系统中的实然价值、人的行为结构中的欲然价值和价值理念中的应然价值这样三层互动关系，主张对价值进行衡平。出于论证的需要，尝试提出“自由优位”、“群合优位”、“自由优先”、“群合优先”以及“自由优位下群合优先”、“群合优位下自由优先”等概念。其中，“优位”指价值的实然状态；“优先”指的是价值的应然主张；“自由优位下群合优先”和“群合优位下自由优先”则指价值重构可能采取的两种不同策略，日本、韩国、新加坡的法治化经验对此分别提供了例证。

针对当前我国处于群合优位的实际情况，本文在最后提出建议性结论，认为在当下我国法治化中，应当采取“群合优位下自由优先”的价值策略，强调个人自由价值，赞成群合向自由的价值回归。

关键词：自由与群合；价值重构；法治

ABSTRACT

In Hayek's theory of order, he points out that order is constituted by legal system and structure of conduct. According to this theory and furthermore, from the view of order and value, the thesis asserts that rule of law equals rule under the good law, and emphasizes the correlation between rule of law and human basic values. Human is the Self-Citizenship in the society, so rule of law must concern about liberty and community.

Liberty emphasizes particularly on individual, and community on collectivity. There is a complementary and competitive relationship between liberty and community. In serial of values, the grade of liberty ascends, the grade of community descends correspondingly, vice versa. So rule of law achieves essential legitimacy only when liberty and community be equilibrium. This is the significance of value-reconstructed in process of rule of law.

It is important how to reconstruct values in process of rule of law. The theories' controversy indicates there is no absolute priority principle to deal with the relationship between liberty and community. So it is necessary for us to think how to balance various values, based on being value of legal system, desirous value of action structure, and ought value ideas. The three elements are interactive. For the argumentation requirement, the author tries to present conceptions of Absolute Priority of Liberty, Absolute Priority of Community, Relative Priority of Liberty, Relative Priority of Community, Relative Priority of Community under Absolute Priority of Liberty, and Relative Priority of Liberty under Absolute Priority of Community. The absolute priority refers to state of being, relative priority to ought state, the Relative Priority of Community under Absolute Priority of Liberty and the Relative Priority of Liberty under Absolute Priority of Community to strategies during reconstructing values in rule of law. Examples in point are the processes of rule of law in Japan, Korea, and Singapore.

At the end of this thesis, the author draws the suggestive conclusion that the

ABSTRACT

strategy—Relative Priority of Liberty under Absolute Priority of Community should be adopted in China's contemporary process of rule of law. In this sense, we must respect liberty and advocate community be turned back to liberty.

Key words: liberty and community; value-reconstructed; rule of law.

厦门大学博士论文摘要库

目 录

导 言	1
第一章 法治的定位	4
一、秩序及其生成力量	4
二、哈耶克的秩序观及其启示	5
三、法治与价值	9
四、小结	10
第二章 自由优位或是群合优位	12
一、自由与群合	12
二、自由与群合关系的类型化	15
三、自由优位与群合优位	17
四、自由优位与群合优位之争	18
五、小结	21
第三章 自由与群合间的衡平	23
一、对自由与群合的选择	23
二、自由优先与群合优先	24
三、衡平自由与群合的两种策略	26
四、群合优位下自由优先：日本、韩国的例证	28
五、自由优位下群位优先：新加坡的例证	30
六、小结	31
第四章 探究当下我国法治化的价值取向	33
一、源于本土文化的判断	33
二、我国传统文化的价值倾向	34

三、我国法治化历程中的价值定向·····	35
四、当前我国法律领域中的价值向度·····	36
五、可能的构想·····	38
结 语 ·····	40
参考文献 ·····	42

厦门大学博士论文摘要库

CONTENTS

Introduction	1
Chapter 1 Conventional Rule of Law	4
Section 1 Order and its Created Power.....	4
Section 2 Edification from the Hayek's Theory of Order.....	5
Section 3 Values and Rule of Law	9
Section 4 Conclusion.....	10
Chapter 2 Absolute Priority of Liberty or Absolute Priority of Community	12
Section 1 Liberty and Community.....	12
Section 2 Liberty and Community in Typology of Order.....	15
Section 3 Absolute Priority of Liberty and Absolute Priority of Community.....	17
Section 4 Debate on Absolute Priority of Liberty or Community.....	18
Section 5 Conclusion.....	21
Chapter 3 Balance between Liberty and Community	23
Section 1 Choice of Liberty or Community.....	23
Section 2 Relative Priority of Liberty and Relative Priority of Community.....	24
Section 3 Two Strategies of Balance between Liberty and Community.....	26
Section 4 Relative Priority of Liberty under Absolute Priority of Community: Cases of Japan and Korea.....	28
Section 5 Relative Priority of Community under Absolute Priority of Liberty: Case of Singapore.....	30
Section 6 Conclusion.....	31

Chapter 4	Research of the Contemporary Value Orientation of	
	Rule of Law in China	33
Section 1	Opinion from Native Culture.....	33
Section 2	Value Tendency in Chinese Traditional Culture.....	34
Section 3	Value Direction in the Historic Rule of Law of China.....	35
Section 4	Value Direction in the Contemporary Field of Law of China.....	36
Section 5	Perspectives Given Probability.....	38
Conclusion		40
Bibliography		42

导言

本文论题源于对一个老问题的思考，这个问题就是：法治如何在我国这样一个历史悠久的“礼仪之邦”成为一种可欲的生活方式？我国学术界对于这一问题的研究，早在将“依法治国，建设社会主义法治国家”的基本方略写入宪法和政府工作报告之前就已经开始，甚至可以上溯到 19 世纪下半叶起的清末变法时期。不过，法学界一般认为，在 1978 年前后展开恢复 1954 年宪法里“法律面前人人平等”原则的讨论之后，法治理论研究才有了真正的进展。从这以后，对于我国如何进行法治化的讨论不断有了新的突破，延续至今，已经触及法治理论的方方面面。¹伴随这一过程，我国的法治化实践也取得了令人瞩目的成就，最终促成“法治国家”这一目标价值在我国确立。

不过，法治化仅有目标价值难以自足。有学者曾经指出，“尽管我们有着追求法治的激情与渴望，但现实也使我们面临诸多困境。法治以民主自由为基础，需要民主的力量，而我们的法治却是官方在发动和推进，民众似乎处在旁观者的地位而表现出被动与‘冷漠’；实施法治意在约束权力，而我们的法治却借助于权力；一方面我们极力通过法律来限制权力，另一方面又存在权力滥用与肆虐；我们既看到了各地方积极实施‘依法治国’策略并将它具体化的行为（如‘依法治省’、‘依法治市’、‘依法治县’等），却又看到了在这些具体化的行动中存在架空法治的做法；一方面是法律大规模创制，另一方面是大量的法律‘白条’；法治要求政府为民服务，而行政机关却不时追求自身利益或‘与民为恶’；法治要求法院独立公正，另一方面却又表现为处处受制于他人；诸如此类，不胜枚举。这些自相矛盾的种种表现，是我们这样一个国家从传统人治社会转向现代法治社会所必然要经历的痛苦与迷惑。”²对于这些痛苦与迷

1 20 世纪 70 年代到 80 年代初，法的阶级性问题引起广泛关注。20 世纪 80 年代法学界讨论了政策与法律、民主与法制的关系。20 世纪 90 年代开始，理论法学经常关心的问题之一是人权问题。20 世纪 90 年代中后期开始围绕司法改革讨论，至今还没有结束。吴玉章等. 二十五年来法治历程[R]. 夏勇等. 中国法治发展报告 №1 (2003) [R]. 北京: 社会科学文献出版社, 2004. 2-3.

2 杨解君. 走向法治的缺失言说: 法理、行政法的思考[M]. 北京: 法律出版社, 2000. 自序.

惑，显然不能片面地归咎于法治“本土资源”的缺失、“后发外生型”现代化进程的困境或者“政府主导”的悖论等某一单方面的原因。对法治化中出现的诸多问题，还有必要深入价值层面加以分析，通过形成价值共识，然后加以解决。

本文认为，法治与价值密切相关，法治化不仅是法治秩序的建构过程，而且是秩序内价值的重构过程。我们处在社会关系之中，每个人既具有独立的自我性，也具有法律共同体中的成员性，因此价值重构需要对自由与群合这对基本价值的关系问题做出回答。解决法治化中的种种问题，在很多情况下有赖于我们拥有自由与群合“各得其所”的价值共识，对自由与群合的关系提出一种合时宜的主张。在我国特定社会的具体情境中，法治化如果不能恰当地调适自由与群合的关系，很有可能让我们陷入这样的尴尬境地：我们向往法治，却不能切身感受到法治的力量；我们努力走向法治，又总觉得法治秩序与现实生活若即若离。

围绕法治化中自由与群合的价值重构问题，本文受到哈耶克的秩序观的启发，尝试展开以下论证：首先，将法治定位在与内在价值相关的实质法治概念上，认为法治作为一种秩序类型，它是由获取正当性的法律之治所促成的。这是第一章“法治的定位”所要论述的内容，也是对全文所要讨论的问题作出基础性约定。其次，自由与群合这一对相互补充又相互竞争的基本价值，共处于法治化的价值序列之中，我们能不能坚持自由优位或者群合优位来消除因价值冲突带来的秩序不稳定？这是第二章“自由优位或是群合优位”所要探讨的问题。当代自由主义与群合主义的理论之争给予我们的启发是，偏执一端不是解决问题的关键。第三，既然价值重构不可依赖于自由优位或者群合优位来毕其功于一役，那么合时宜的解决之道应当是相对性的，即在自由优位情况下重视群合，而在群合优位情况下重视自由，通过价值衡平，确保法治化健康发展。日本、韩国、新加坡的法治化经验对此作出了说明。这是第三章“自由与群合的衡平”所要给出的论断，这是探究当下我国法治化价值取向的理论与实践依据。最后，通过实证考察与分析，指出当前我国处于群合优位的状态，应当采

取自由优先的策略来推进法治化。这是第四章“探究当下我国法治化的价值取向”所要表明立场，也是全文得出的建议性结论。

厦门大学博士论文摘要库

第一章 法治的定位

一、秩序及其生成力量

法治的学说纷纭复杂，因而在讨论法治化中的自由与群合之前，有必要对法治的概念作出基础性约定。

通常情况下我们乐于承认，人类社会的发展至今是一种有序战胜无序的结果，也愿意相信有序的生活方式优于无序的生活方式。因此，秩序足以成为个人或社会努力的一个价值目标，秩序类型可以根据不同的生成力量得以区分。

由于人们在社会中需要处理复杂的事务，人与人之间的关系只有存在着某种程度的一致性、连续性和确定性，才能实现多样的、不同的生活目的。从心理根源上看，人具有先见取向，愿意重复过去令人满意的经验，服从曾经令人满意的安排，由此产生了对规则的需求；同样在心理根源上，人的行为容易受瞬时兴致、任性和专横力量所控制，这就进一步强化了人们在理性上对于规则的诉求。在人类过往的历史经验当中，法律作为一种强制性的行为规则，成功地表明了它具有避免专制暴政和无政府状态的功能，从而将社会生活控制在合理稳定的范围之内。所以，当人们意识到神治失据、人治失信、礼治失灵的时候，很自然地会把法律当作促成社会有序化的最重要生成力量。

就社会整体而言，根据秩序生成力量的不同，我们得以区分神治、人治、礼治和法治。虽然在非法治社会中，秩序的形成并非排除了法律规则的运用，不过在那种社会中，支撑秩序的首要力量并不是法律，法律仅仅被视为生成和维持秩序的次要力量。比如，神治秩序主要依靠超验的自然依据，人治秩序主要依靠的是精英言行，礼治秩序则选择道德伦理作为统制社会的最主要力量。只有法治社会才将法律作为最主要的调控手段，以此防止社会关系的混乱与失调，在这个意义上，法治即“法律之治”。

二、哈耶克的秩序观及其启示

基于建构和维持秩序中取得过的成功经验,人们将法律视为维系社会可信赖并且不可缺少的力量,因此,我们在思考法治时,很容易认同“人仅凭理性,就能够重构社会”的基本立场。根据这一立场,秩序被理解成是人刻意思考而建构出来的;法律是立法者意志的产物;法治是由统治者创造出来的秩序模式。这种认识进路,被弗里德里希·冯·哈耶克称作“建构论唯理主义”。

这种“建构论唯理主义”在哈耶克看来是一种谬误。他指出,那种认为秩序肯定是某个具有思考能力的心智设计出来的看法,是相当草率的。首先,人必然存在知识上的构成性局限,“我们没有能力把深嵌于社会秩序之中的所有资料或数据都收集起来,并把它们拼凑成一个可探知的整体”,³人的行动不得不把一些具体的细节留给我们并不知道的情势去决定。其次,从认识论上看,“人先行而后思,而不是先懂而后行。”⁴人类的进化虽然得益于对规则的遵循,然而这些规则不一定以被阐明的形式存在,有些可能作为一种经验性知识蕴含在文化传统之中,我们知道如何遵循这些规则,却可能无力陈述这些规则。再次,社会中的个人处于各自不同的特定情势,有着不同的目标和动机,想要在一项行动的决策上形成共识,只能依靠人们遵循一些普遍规则。这样的规则没有具体目的,在这样的规则下,人们可以针对特定的情势进行调适,运用自己的知识去实现自己的目的。

因此,哈耶克认为,秩序指的是这样一种事态,“其间,无数且各种各样的要素之间的相互关系是极为密切的,所以我们可以从我们对整体中的某个空间部分或某个时间部分所作的了解中学会对其余部分作出正确的预期,或者至少是学会作出颇有希望被证明为正确的预期。”⁵秩序具有两种属性截然不同的渊源,一种源于秩序外部的力量,由此形成“人造的秩序”;另一种源于秩序内部的均衡,由此形成“自生自发秩序”。前者相对简单,只具有该秩序

3 [英]弗里德里希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由(第1卷) [M]. 邓正来, 张守东, 李静冰译, 北京: 中国大百科全书出版社, 2000. 12.

4 同上, 第16页。

5 同上, 第54页。

的创造者能够审视、把握的较低复杂程度；它往往是具体的，是刻意创造出来服务于特定目的的。后者虽然未必都是复杂的，但它有可能达致任何复杂程度；它常常由抽象关系所构成，不可能经过人的直觉而认知到，而且这种秩序本身不具有任何目的。简而言之，在哈耶克看来，社会始终以自生自发的秩序和人们刻意建构的秩序为基础，整体上却是对上述两种秩序进行整合而形成一个更加宽泛的自生自发秩序。

在承认规则是秩序有序化力量的基础上，哈耶克进一步指出，规则也可以分为自生自发的规则与刻意设计出来的规则，区别就在于前者是“目的独立的”规则，后者是“目的依附的”规则。⁶具体而言，一、并非所有规则都会形成秩序，秩序的形成还有赖于具体的情势；二、即使那种以人造的规则为基础的秩序，也可能会具有自生自发的特征；三、在遵循规则过程中，人们逐渐学会了如何改进这些规则，于是法律规则“成了我们赖以能够影响那个因遵循规则而形成的秩序的主要工具”。⁷

哈耶克的秩序观强调了秩序的自生自发特性和某些规则的目的独立性，这给我们审视法治提供了一个新的视角。

首先，社会始终是以自生自发的秩序和人为建构的秩序为基础的，法治化不仅需要实际上被适用的法律，而且需要具有促成秩序形成特性的习俗、惯例等规则。因此，当我们接受“法治即法律之治”的观点时，应该对其中所指的“法律”持大法律观加以理解，即法律不仅包括实证法（也称为国家法、人定法、制定法等），还包括习惯、惯例等其他规则，甚至还包括一些未被人们阐明却在日常行动中已经普遍遵循的规则。

其次，法治固然是法律之治，可是并非所有法律之治所形成的秩序均可视为我们理想中的法治。法治作为一种整体性的社会秩序，不仅是由法律规则构成的规范系统，还是人们应对即时性环境过程遵循法律规则所产生的结果。法

6 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由(第2、3卷) [M]. 邓正来, 张守东, 李静冰译, 北京: 中国大百科全书出版社, 2000. 49.

7 [英] 弗里德利希·冯·哈耶克. 法律、立法与自由(第1卷)[M]. 邓正来, 张守东, 李静冰译, 北京: 中国大百科全书出版社, 2000. 66.

治秩序具有双重结构,其中一层结构是由法律规则组成的规范系统,可以将其称为“法律系统”;另一层结构则是由人们应对即时性环境过程中遵循法律规则所产生的行为系统,这里借用我国学者邓正来提出的“行为结构”一词来加以指称。⁸行为结构表述了个人行动与法律规则之间的关系,具体来说,是指人们在调适和遵循法律规则时所形成的动态秩序,它有别于法律规则本身确定的静态秩序。由于个人行动总是在应对客观的、特定的情势来进行,出于个人目的,并受到文化传统的影响,人们可能自发地或者被迫地遵循一些法律规则,这时人们行动所形成的秩序与法律系统所追求的秩序和谐一致,但是,情况并不总是这样的,除此之外,人们在应对特定的情势中,可能破坏一些规则,逐渐学会改进法律规则,由此形成新的秩序特性。

进一步来看,我国学者邓正来在解读哈耶克的秩序观时指出:“个人行动的规则系统与从个人依据它们行事而产生的行动的秩序并不是同一事情,因为自生自发的行为结构并不是自然生成的,而是这些秩序中的行动者在回应他们的即时环境时遵循某些规则的结果。这里的核心问题在于哈耶克上述观点中所隐含的一个极为重要的命题:人不仅是一种追求目的的动物,而且还是一种遵循规则的动物。哈耶克的这个命题的关键之处乃在于:行动者在很大程度上是通过遵循社会行为规则而把握他们在社会世界中的行事方式的,并且是通过这种方式而在与其他行动者的互动过程中维持和扩展社会秩序的。这不仅意味着人之事件/行动受着作为深层结构的社会行为规则的支配,而且还意味着对人之行为的解释或者对社会现象的认识乃是一种阐释某种独立于行动者的知识但却切实影响或支配行动者之行动的社会行为规则问题,而不是一种简单考察某些刻意的和具体的行动或事件的问题。”⁹指出秩序具有这样的双重结构,同样意味着我们在思考法治时就不能仅仅关注法律系统,还必须相应地关注人们对于法律规则的态度、相关的应对情况以及可能产生的后果。

⁸ 出于论证的需要,这里借用了邓正来在研究哈耶克理论中使用的“行为结构”一词,它意指在进行调适和遵循规则的无数参与者之间形成的互动网络的秩序。邓正来. 哈耶克法律哲学的研究[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 10.

⁹ 邓正来. 哈耶克法律哲学的研究[M]. 北京: 法律出版社, 2002. 289-290.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库